



Andreas Feuz-Ramseyer

Fürsprecher
Partner bei Von Graffenried & Cie
Recht, Zürich/Bern
www.graffenried-recht.ch

Erste Erfahrungen mit dem neuen Sanierungsrecht

Vor zwei Jahren, am 1. Januar 2014, ist das neue Sanierungsrecht in Kraft getreten. Die Praxis dazu hat sich seither noch wenig entwickelt. Dies dürfte damit zusammenhängen, dass momentan der Bedarf an finanziellen Sanierungen eher gering zu sein scheint. Denkbar, aber wenig wahrscheinlich, weil das Gesetz derart klar ist und deswegen wenige offene Rechtsfragen aufgetaucht sind.

1. Nachlassstundung/ provisorische Nachlassstundung

Ziel der Revision des Sanierungsrechts war die Flexibilisierung des Verfahrens und die Herabsetzung der Schwelle für die Gewährung einer Nachlassstundung. Jeder definitiven Nachlassstundung geht heute eine provisorische Phase voraus, die in der Regel zwei Monate (maximal vier Monate) dauert und innert welcher Zeit die Grundlagen für die Beurteilung der Sanierungsmöglichkeiten und der Sanierungschancen zusammengetragen werden können, die früher bereits bei der Gewährung hatten vorliegen müssen. Die Praxis zeigt in kleineren Verfahren, dass das Nachlassstundungsgesuch vielfach erst an der Konkursverhandlung gestellt wird und dann mehr oder weniger ungenügend bis überhaupt nicht dokumentiert ist. Vielfach wird (unberechtigterweise) das Begehren dann aber gar nicht behandelt und auch nicht formell abgewiesen, sondern einfach der Konkurs eröffnet. Das ist mitunter juristisch falsch, da der Konkursrichter verpflichtet ist, das Begehren zu behandeln (und dies nach den herabgesetzten Bedingungen). Das ist für den nachlasswilligen und nachlasswürdigen Schuldner bisweilen auch gefährlich, denn vor der Rekursinstanz kann dann in diesem Fall kein Nachlassstundungsgesuch mehr gestellt werden, auch wenn in dieser Rechtsmittelfrist genügend Zeit

für die Vorbereitung und Dokumentierung des Gesuchs zur Verfügung stünde.

In diesem Zusammenhang kann nie genug wiederholt werden, dass eine Sanierung umso erfolgreicher sein kann, je früher und zielgerichteter darauf hingearbeitet wird. In diesem Kontext ist es wesentlich einfacher und wirkungsvoller, die noch vorhandenen flüssigen Mittel beharrlich für Sanierungsbeiträge aufzusparen, als während Monaten in irgendwelchen Feuerwehrübungen mit einzelnen Gläubigern zu stecken, nach dem Motto, wer am lautesten schreit, bekommt zuerst.

An das Nachlassstundungsgesuch sind nach dem revidierten Sanierungsrecht weniger hohe Anforderungen zu stellen als bisher. Die Bewilligung der provisorischen Stundung soll einfach und rasch, im Gesetz steht sogar «unverzüglich» erwirkt werden können. Vom ursprünglichen Konzept der unmittelbaren Gläubigerschutzwirkung mit Einreichung des Nachlassstundungsgesuchs (analog Chapter 11 des amerikanischen Rechts) ist die Lehre gänzlich abgekommen. Die Schutzwirkungen für den Schuldner (aber auch für die Gläubiger – es ist ja die Rede von Gläubigerschutz) treten erst mit der Genehmigung des Gesuchs durch den Nachlassrichter ein.

Voraussetzung für die Gewährung einer Nachlassstundung ist – sinnvollerweise und auch wirtschaftlich begründet – die Sanierungsfähigkeit des Gesuchstellers oder der Gesuchstelle-

rin. Zu deren Überprüfung sind verständlicherweise eine aktuelle Bilanz, eine Erfolgsrechnung und eine Liquiditätsplanung notwendig. Das Gericht muss die derzeitige und künftige Vermögens-, Ertrags- oder Einkommenslage des Schuldners sehen und beurteilen können. Zudem verlangt das Gesetz in Art. 293 SchKG einen provisorischen Sanierungsplan (so rudimentär der auch sein mag, er muss schlüssig und nachvollziehbar, aber auch finanzierbar sein). Lediglich in Ausnahmesituationen und bei einfachen oder dringlichen Fällen kann das Gesuch auch mündlich beim Gericht zu Protokoll gegeben werden (wie oben erwähnt allerdings vorteilhafterweise nicht erst in der Konkursöffnungsverhandlung).

Der Schuldner muss in diesem Stadium nicht nachweisen, dass er insolvent ist. Es kann auch lediglich eine Insolvenz drohen. Von einer solchen drohenden Insolvenz in diesem Sinne ist auszugehen, wenn anzunehmen ist, dass dem Schuldner mittelfristig eine Insolvenz droht. Rechtsmissbräuchlichen Nachlassstundungsgesuchen ist trotzdem der Riegel geschoben. Denkbar ist, dass im Falle einer schwer überbrückbaren Liquiditätskrise ein Stundungsgesuch gestellt wird, damit die Nichtpublikation der Stundung erwirkt werden kann (Art. 293c Abs. 2 SchKG – der absolute Ausnahmefall), und dass die Stundung, ohne dass sie je publik geworden wäre, schliesslich wieder aufgehoben werden kann. Solche Fälle sind denkbar, aber

aufgrund der fehlenden Veröffentlichung eben gerade nicht bekannt. Diese Option kommt nur bei reinen Stundungsverfahren infrage, d.h., wenn relativ klar ist, dass keine Gläubigerinteressen tangiert werden.

2. Rechtsmittel gegen den Entscheid des Nachlassgerichts/ Einsetzung eines provisorischen Sachwalters

Entgegen dem bisherigen Recht und völlig folgerichtig schliesst das Gesetz die Anfechtbarkeit der Bewilligung der provisorischen Nachlassstundung und der Einsetzung eines provisorischen Sachwalters aus (Art. 293d SchKG). Ein Rechtsmittel kann von den Gläubigern erst gegen den Entscheid über die definitive Stundung ergriffen werden (Art. 295c SchKG). Das Bundesgericht entschied nun aber in BGE 141 III 188, dass gegen die Einsetzung eines provisorischen Sachwalters bei der zuständigen kantonalen Instanz (und nicht direkt beim Bundesgericht) geltend gemacht werden kann, dass der provisorische Sachwalter nicht über die notwendige Qualifikation oder Objektivität/Unabhängigkeit verfügt. Das Rechtsmittel richtet sich somit nicht gegen die Einsetzung eines Sachwalters, sondern gegen die Person (und deren Qualifikation), die als Sachwalter eingesetzt worden ist. Weil aber dafür das kantonale Obergericht zuständig war, konnte die entsprechende Rüge im strittigen Fall nicht direkt ans Bundesgericht erhoben werden.

Im gleichen Entscheid wurde gleichzeitig auch festgehalten, dass der festgelegte Kostenvorschuss auf dem Weg der Beschwerde in Zivilsachen angefochten werden muss und nicht auf dem Weg der Aufsichtsbeschwerde nach Art. 17 ff SchKG, was an sich logisch ist.

Weil eine provisorische Nachlassstundung lediglich zwei bis vier Monate dauern darf, weil Rechtsmittel immer viel Zeit in Anspruch nehmen, weil der Sachwalter innert kürzester Frist manchmal relativ komplexe Situationen beurteilen und wichtige Entscheide fällen muss, ist dieser Entscheid problematisch, aber nachvollziehbar. Es ist daher wichtig, dass mit dem Nachlassstundungsgesuch auch gleichzeitig ein unabhängiger und fähiger Sachwalter vorgeschlagen wird, damit diese kritische Situation gar nicht erst auftritt.

Bei der Stellung des Nachlassstundungsgesuchs ist im Weiteren zu beachten, dass dessen Abweisung unmittelbar zur Konkurseröffnung führen kann, wobei in diesem Fall die üblichen Rechtsmittel ergriffen werden können. Auch das ist wiederum ein Grund, das Gesuch unbedingt sorgfältig und professionell vorzubereiten.

3. Definitive Nachlassstundung

Kommt der eingesetzte Sachwalter zum Schluss, dass eine Sanierungsfähigkeit gegeben ist oder dass das Ergebnis einer Nachlassliquidation für die Gläubiger vorteilhafter ist als ein Konkurs, wird eine definitive Nachlassstundung gewährt. Dagegen können sich die Gläubiger mittels Beschwerde zur Wehr setzen. Sie können beispielsweise darlegen, dass das Zustandekommen eines Nachlassvertrags nicht wahrscheinlich erscheint oder dass die Finanzierung der Dividende nicht gesichert sei. Der Weiterzug der Bewilligung kann bis vor Bundesgericht erfolgen. Die Beschwerde gegen den Entscheid des oberen kantonalen Nachlassgerichts ist an keinen Streitwert gebunden, es kann allerdings lediglich die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden. Das Bundesgericht wendet dabei das Recht nicht von Amts wegen an, sondern prüft nur klar und detailliert erhobene und belegte Rügen (BGE 5A_243/2015). Wesentlich ist der Bericht des Sachwalters, woraus sich ergeben muss, dass Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrags besteht. Auf den Bericht des Sachwalters dürfe der Nachlassrichter grundsätzlich abstellen, zumal dieser Sachverständiger sei.

Eine definitive Nachlassstundung kann verlängert werden, nach Art. 295b SchKG bis zu maximal 24 Monaten. Bei einer Verlängerung über zwölf Monate hinaus muss der Sachwalter eine Gläubigerversammlung einberufen. Dabei handelt es sich um eine sogenannte «ausserordentliche Gläubigerversammlung». Im Gegensatz zur ordentlichen Gläubigerversammlung, an der die Gläubiger allgemein über den Verfahrensstand und über den Entwurf eines Nachlassvertrags orientiert werden, ihnen der Nachlassvertrag zur Genehmigung vorgelegt wird und die Liquidationsorgane gewählt werden, geht es lediglich um die Orientierung der Gläubiger über den Stand des Verfahrens. Die Gläubiger erhalten damit im Gegensatz zum früher geltenden Recht vermehrte Mitwirkungsrechte (Wahl Gläubigerausschuss, Wahl eines anderen Sachwalters oder eines zusätzlichen Sachwalters). Dies wird aber auch dazu führen, dass der Sachwalter alles daran setzen wird, die Stundung innerhalb von zwölf Monaten zu beenden, muss doch mit der Planung der ausserordentlichen Versammlung bereits etwa nach sieben Monaten begonnen werden, denn diese muss zwingend vor Ablauf von neun Monaten durchgeführt werden.

Wird eine Verlängerung der Nachlassstundung durch das Nachlassgericht abgelehnt, stehen die üblichen Beschwerdemöglichkeiten offen. Die Anforderungen sind allerdings hoch und die Beweise müssen vor der oberen kantonalen Instanz liquide vorliegen. Die Beschwerdefrist kann

beispielsweise nicht genutzt werden, um mit einzelnen Gläubigern noch weitere Verhandlungen zu führen (BGE 5A_170/215). Dies ist wesentlich, weil mit der Ablehnung der Verlängerung der Nachlassstundung unmittelbar die Konkurseröffnung verfügt wird.

4. Dauerschuldverhältnisse

Im revidierten Sanierungsrecht kann der Sachwalter vom selektiven bzw. partiellen Eintritt in Vertragsverhältnisse bei Dauerschuldverträgen Gebrauch machen. Ein solcher kann angezeigt sein, wenn gewisse Mietobjekte nicht mehr benötigt werden oder wenn der Nachlassschuldner manche Leasinggegenstände nicht mehr braucht. Mit Zustimmung des Sachwalters können solche Verträge unter Entschädigung der Gegenpartei jederzeit auf einen beliebigen Zeitpunkt gekündigt werden. Voraussetzung ist allerdings, dass der Sanierungszweck ohne diese Massnahme vereitelt würde. Wesentlich ist nun allerdings, und das ist der Vorteil für die Sanierung, dass die geschuldete Entschädigung lediglich eine Nachlassforderung darstellt und nur dividendenmässig befriedigt werden muss. Die Bestimmung ist nicht in allen Teilen klar, hat aber aus heutiger Sicht noch zu keinen höchstrichterlichen Entscheidungen geführt.

5. Beitrag des Aktionärs an die Sanierung

Der revidierte Art. 306 Abs. 1 Ziff 3 SchKG sieht vor, dass bei einem ordentlichen Nachlassvertrag vom Anteilsinhaber ein angemessener Sanierungsbeitrag zu leisten ist. Ohne Erfüllung dieser Bedingung soll die richterliche Bewilligung ausbleiben. Als Anteilsinhaber gelten dabei diejenigen Personen, die an einem Schuldner wirtschaftlich beteiligt sind, mithin etwa die Aktionäre einer AG, die Gesellschafter einer GmbH oder die Genossenschafter einer Genossenschaft.

Der Hintergrund ist der, dass ein Aktionär vor der Sanierung und damit vor einem drohenden Konkurs damit rechnen muss, dass sein eingesetztes Risikokapital völlig wertlos ist; Fremdkapital muss ja bekanntlich vor dem Eigenkapital zurückgeführt werden. Bei einem ordentlichen Nachlassvertrag, d.h. bei einem sogenannten Dividendenvergleich, erhalten die Gläubiger nur noch eine Nachlassdividende, während das Aktienkapital oder das Stamm- oder Genossenschaftskapital voll intakt bleibt. Die Opfersymmetrie zwischen den Gläubigern und den Anteilseignern war damit nie gewährleistet, auch wenn das die wenigsten Gläubiger je fest-

stellten. Diese stehen regelmässig vor dem fait accompli, entweder bekommen sie noch eine Dividende oder dann im Konkursfall eine geringere oder keine mehr.

Das führte unter dem alten Recht dazu, dass die Anteilseigner mitunter auf Kosten der Gläubiger von einem Nachlassvertrag profitieren konnten, was mithin zu einem an und für sich stossenden Ergebnis gereichte.

Der Umfang der Beteiligung des Eigenkapitalgebers ist ins richterliche Ermessen gestellt. Das neue gesetzliche Bestätigungserfordernis ist das am wenigsten klar umrissene und birgt am meisten Unsicherheiten in sich. Ein gesetzlicher Sanierungsbeitrag kann laut Botschaft darin bestehen, dass die Aktionäre einer zu sanierenden AG einer Kapitalerhöhung mit vorheriger Kapitalherabsetzung zustimmen. Möglich sind auch etwa Forderungsverzichte oder Rangrücktritte von Anteilseignern, ebenso wie die Gewährung neuer Darlehen an die zu sanierende Gesellschaft. Dies setzt voraus, dass nicht der letzte Franken vor der Sanierung für erfolglose Sanierungsbemühungen verbraucht wird und somit eben gerade frühzeitig mit der Einleitung der notwendigen Massnahmen begonnen wird. Sofern ein Anteilseigner gleichzeitig die Geschäftsführung der Gesellschaft wahrnimmt, ist ein Sanierungsbeitrag auch durch ganzen oder teilweisen Lohnverzicht oder dem Verzicht auf sonstige Vergünstigungen aus dem Anstellungsverhältnis möglich.

Entscheide dazu gibt es dazu bislang noch nicht.

6. Mehrwertsteuern in der Nachlassstundung

Einen wesentlichen Beitrag zur Verbesserung der Sanierungsmöglichkeiten leistet die Streichung des Privilegs der Mehrwertsteuer. Dies, weil die privilegierten Forderungen im Nachlassverfahren auf jeden Fall bezahlt werden

müssen. In einzelnen Stundungsverfahren führte das dazu, dass entweder gar keine Stundung bewilligt werden konnte oder dass die Stundung relativ rasch widerrufen werden musste.

Im Zuge der Revision stellt sich sofort die Frage, welche Privilegien denn nun noch zu beachten sind, namentlich wenn noch MWST-Forderungen aus Jahren, in denen das Privileg noch bestanden hatte, offen sind. Entsprechend sah sich das Bundesamt für Justiz veranlasst diesbezüglich eine Information zu erlassen. In Übereinstimmung zur Regelung, wie sie bei der Einführung des Mehrwertsteuerprivilegs gehandhabt wurde, stellte sich das BJ auf den Standpunkt, dass die Forderungen, die vor dem 1. Januar 2010 entstanden sind, in der 3. Klasse figurieren, die, die zwischen dem 1. Januar 2010 und dem 31. Dezember 2013 entstanden sind, in der 2. Klasse, und diejenigen, die nach dem 1. Januar 2014 entstanden sind, wiederum in der 3. Klasse (Information Nr. 11 des BJ vom 19. März 2014).

Gleiches ist der MWST-Branchen-Info 26 für Betriebs- und Konkursämter zu entnehmen. Demnach sind für die Frage der Privilegierung der Forderung deren Entstehungszeitpunkt und die damals geltende Regelung heranzuziehen. Diese Lösung entspricht derjenigen, die beispielsweise für gesetzlich pfandgesicherte Forderungen gilt; auch hier ist massgebend, zu welchem Zeitpunkt für eine bestimmte Forderung die gesetzliche Grundlage für ein gesetzliches Pfandrecht bestand.

Diese Regelung führt dazu, dass bei Verfahren, die zwar nach Abschaffung des Privilegs eingeleitet wurden, immer noch mit massiven privilegierten Forderungen gerechnet werden muss, was an und für sich nicht dem Ziel der Revision entspricht. Eine von Schmid Jean-Daniel, Bis wann wird die MWST in der Insolvenz noch bevorzugt?, in Jusletter vom 23. Juni 2014 durchgeführte Umfrage bei den Konkursämtern hat ergeben, dass diese Praxis von gewissen Konkursämtern angewandt wird. Der vorsichtige Beamte wird sich

an die Vorgaben der MWST halten, der vorsichtige Sachwalter somit auch.

Einzelne Autoren gehen nun allerdings davon aus, dass rein auf den Zeitpunkt der Eröffnung des Verfahrens abzustellen sei. Dabei sei in Analogie zu Art. 2 Abs. 3 SchlB massgebend, dass die im bisherigen Recht enthaltenen Privilegien nur weiterhin gelten, wenn vor dem Inkrafttreten des Gesetzes der Konkurs eröffnet oder die Pfändung vollzogen worden ist. Bei der zitierten Bestimmung handelt es sich um die Schlussbestimmungen zur Gesetzesänderung vom 16. Dezember 1994, mitunter eben gerade nicht für die nun erfolgte Gesetzesänderung. Bei der Nachlassstundung ist nach Levante Marco, KUKO-SchKG, N. 9, 2. Auflage, zu den Übergangsbestimmungen das Datum der Bewilligung der Nachlassstundung massgebend. Er verweist auf einen BGE 125 III 154, der sich allerdings wiederum auf die erwähnten Schlussbestimmungen zur Gesetzesänderung 1994 bezieht. Damals wurde nicht wie vorliegend ein Privileg eliminiert, sondern der ganze Wildwuchs an Privilegien, der in nahezu hundert Jahren entstanden war. Aus der Sicht des Autors ist noch nicht schlüssig erstellt, dass der gezogene Analogieschluss wirklich stichhaltig ist, obschon dies natürlich wünschbar wäre. Es ist somit zusammenfassend darauf hinzuweisen, dass noch nicht höchstrichterlich entschieden worden ist, dass der Zeitpunkt der Entstehung der Forderung wirklich nicht massgebend ist.

Abschliessend ist auf eine weitere, für Nachlassverfahren noch wesentlich komfortablere Meinung von Schmid Jean-Daniel, a.a.O. RZ 14, zu verweisen, wonach für das Privileg der MWST nicht einmal das Datum der Verfahrenseinleitung massgebend sein soll, sondern der Zeitpunkt der Kollokation der entsprechenden Forderungen. Diese Meinung wäre dann jedenfalls konsequenter und vorzuziehen, wenn man sich den Zweck der Gesetzesänderung, nämlich die Verbesserung der Sanierungsfähigkeit, vor Augen hält. ■